

## ドイツにおける基本権の発展(1)

——シュターク論文によせて——

渡 辺 中

### 目 次

- I はじめに
- II 人権の精神的基礎
- III 19世紀：国家公民権と法律適合性の原理
- IV ヴァイマル共和国における基本権（以上本号）
- V 憲法裁判権による基本権の保護（以下次号）
- VI おわりに

### I はじめに

本稿は、クリスティアン・シュターク教授の論文、Entwicklung der Grundrechte in Deutschland (Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung, Band III, GÖTTINGER RECHTSWISSENSCHAFTLICHE STUDIEN, 1980) を素材としてドイツにおける基本権の発展過程を概観的に叙述したものである。

シュターク論文は、I. 序文、II. 精神的基礎、III. 19世紀：国家公民権と法律適合性の原理、IV. ヴァイマル共和国における基本権、V. 憲法裁判権による基本権の保護に分けて論述されているが、私が、思わぬ誤訳ないしは不適訳のために不適切な紹介——この点についてはシュターク教授の御寛恕を願うほかない——をも顧みずにあえて研究資料として本論文を素材にとりあげたのは次のような理由からである。すなわち、わが国の公法理論がドイツの公法理論の強い影響の下で生成・発展せしめられたということのほ

かに、両国とも、近代国家としての後進性ゆえに、《上からの近代化》が図られたために基本権の発展過程が極めて類似しており、さらに両国ともに基本権が先進諸国から輸入されたものであるなど多くの共通性が見られるという点で、ドイツにおける基本権の歴史的発展過程を検討することは、わが国の人権史を考察するうえでも有益である。その意味で、シュターク論文は、キリスト教、啓蒙主義、革命、憲法国家、規範統制そして憲法裁判権というようにドイツにおける基本権の発展段階を著者の立場から要領よくまとめあげられており、ドイツにおける基本権の発展過程を概観するのに格好の論文であり、私が今後人権史の研究を進めるうえでも有益な一資料となり得ると思われるからである。

そこで、以下、シュターク論文に沿って叙述を進めるつもりであるが、部分的に私なりの若干の加筆を施しながらまとめさせていただいたことをお断りしておく。

なお、本論文を素材としてとりあげるについては、シュターク教授より好意的承諾を得ていることを付記し、感謝の意を表したい。

## Ⅱ 人権の精神的基礎

人権とは、人間がただ人間であるということに基づいて当然に固有する権利、すなわち、生来的、前国家的な権利として観念されている。このような意味における人権観念の公式的な表明は、1776年のヴァージニアの権利宣言をはじめとするアメリカ諸州の権利宣言ならびにアメリカ合衆国の独立宣言(1776年7月)、さらには1789年のフランスの人権宣言に見られる。

現行ドイツ連邦共和国基本法も、ナチズムによる人間および人権の軽視に対する大いなる反省から、その1条1項において、《人間の尊厳は不可侵である。これを尊重し、かつ、保護することは、すべての国家権力の義務である》と規定し、人間の尊厳の不可侵性ならびに人間の尊厳に対する国家権力の尊重擁護義務を憲法の冒頭に掲げている。さらに、これに続く1条2項で

は、《ドイツ国民は、それゆえに、世界における 各人間共同社会・平和および正義の基礎として、不可侵の、かつ譲渡しえない人権をみとめる》と規定し、不可侵かつ不可譲の人権を承認するに至っている。これによって、基本法制定者は、従来支配的であった国家の立法により、実定法を通して承認されるという法実証主義的な基本権観との訣別を確認し、明確に前国家的な人権との接続を宣言したのである。

ところで、このような基本権ないしは人権の精神的淵源 (der geistige Ursprung der Menschenrechte) は、どこにもとめることができるのか。急進的民主主義者、グスタフ・フォン・シュトルヴェ<sup>(1)</sup>は、国家学辞典の人権に関する論説の中で、《すべての人間の 平等な権利の 原理に基づくキリスト教の教義》に人権思想の最初の萌芽を見ている。また、エルンスト・ヴォルフ<sup>(2)</sup>も人権宣言を《キリスト教的西洋国家の宗教の所産》であるとみなしているが、シュターク教授の見解——この点に関するシュターク教授のテーゼ<sup>(3)</sup>については、既に私の紹介した別の論文において詳細に論じられているので以下要約的に紹介するにとどめる——もまた、人権の精神的淵源は、発展史的には、啓蒙主義時代——この時代が人権の重要な媒体であったが——の政治哲学よりも以前に遡り、バイブルに、そして古代にその起源をもっているキリスト教にこそ存するとし、その基礎を旧約聖書の創世紀第1章27、新約聖書の中のエペソ書第4章24に求め、次のように述べている。《すべての個々の人間の尊厳や権利の基礎は、人間が神の似姿 (Gottesebenbildlichkeit) をしているというバイブル的なキリスト教観である。ここから、人間にはこの世で意のままにされえない独自の価値が生じてくる。というのも、人間は単なる客体あるいは手段にされてはならないからである。このような形而上学的な人間の基礎づけは、人間の平等、博愛そして自由の基礎となっている。なぜならば、すべて人間は、等しく神の似姿 (Ebenbilder Gottes) であるからである。キリスト教の普及していない他の文化圏においては、これに相応するような人権の観念は創造されていない。しかし、キリスト教が、人権の不可欠の前提であるということは、これが人権の唯一の基礎であるという

ことを意味するわけではない。なぜならば、人権の思想を普及させるためには宗教改革のようなその他の事件を必要としたからである。まず、迫害されていた良心の宗教改革後の憤激 (Empörung) や盲目的な信教的熱狂に反対する世俗政府の国家理性は、人権の発展につながる実際の寛容を強く要請した。人権の実現に大きな影響を及ぼした啓蒙主義やヒューマニズムは、キリスト教的人間像やその後そこから生まれた寛容の要請なしには考えることはできない。しかし、歴史的発展のこの段階から人権に至るまでにはなお長く苦難の道を辿らねばならなかったものであり、そこでは政治的、経済的動因が精神的・宗教的動因とならんで重要な役割を演じてきた<sup>(4)</sup>》と。そしてさらに続けて、シュターク教授は、人間の尊厳のキリスト教的由来を明確に示している政治哲学として、サムエル・プーフェンドルフ (Samuel Pufendorf) とカントのそれをあげ、次のように要約的に述べている。《プーフェンドルフは、彼の思惟の中心となる人間の尊厳概念を神によって創造された社会的な人間の本性から導き出している。ここから結論として道徳的に拘束された人間の法的自由が生じてくる。人間の尊厳はすべての人間に等しく帰属するがゆえに、人間はすべて平等である、と。プーフェンドルフは、人間の自由や平等が神に基づくものであり、かつ理性 (Vernunft) によって認められるものであるということを確信している。その後、人間の尊厳概念は、さらにカントによって発展せしめられている。カントの尊厳概念は、人間の立法的、道徳的自律性 (die gesetzgebende sittliche Autonomie des Menschen) から結論として出てくる。また、実践理性批判 (der Kritik der praktischen Vernunft) から次の引用文が示しているように、カントの尊厳概念は、宗教的・形而上学的に基礎づけられている。すなわち、「義務と責務 (Pflicht und Schuldigkeit) とは、われわれが道徳的法則に対するわれわれの態度に与えなければならない唯一の呼称である。なるほどわれわれは、自由によって可能でありまた実践理性によって尊敬の対象としてわれわれに示された道徳の国の立法者の一員ではあるが、しかし同時にその国の臣民であってその君主ではない。被造物としてのわれわれの低い段階を誤認し、自

負が神聖な法則の尊厳を否定することは、たとい法則の文字は実現されたにしても、しかし精神においてはすでにこれに背叛するものである<sup>(5)</sup>。カントの場合、プーフェンドルフによって強調された尊厳や自由の社会性 (die Sozialität von Würde und Freiheit) は、個人の特性を重視しているために抑制されている。このことは、カントの思想傾向と同様に時代精神に対応するものである。したがって、かなり個人主義的につくられているその後の人権宣言が、キリスト教的見解やプーフェンドルフの見解に十分に符合するものではないという確認は正当である。その限りで、人権は、キリスト教的見解から一面的に現われているにすぎない<sup>(6)</sup>と。そして最後に、シュターク教授は、《1945年以降のドイツ諸ラントおよび連邦共和国の新たな国家基本秩序創設のもとで、形而上学的に基礎づけられた人間の尊厳なしの国家がその権力を著しく増大させてきた。形而上学なしには、人間は完全に優越する国家権力のなすがままになってしまう。人間の尊厳や自由の形而上学的基礎を忘れ去ったならば、基本法の文言は、国家権力の恣意的な解釈のなすがままになってしまう<sup>(7)</sup>》という認識に立って、人間の尊厳および人権のほぼ完全な法的保障が完備されるに至っているドイツ連邦共和国基本法下においても、人間の尊厳および人権の永続的保障を希望するならば、これらの立脚している精神的基礎を忘れるべきではないこと、とりわけ、人間の尊厳および人権の形而上学的基礎づけの重要性を提言している。この提言は、今世紀の初頭にエルンスト・トロエシュによって発せられた警告、すなわち、《われわれは、宗教的・形而上学的自由の原則を守っていこう。さもないと、われわれは、自由や人格、そしてその進歩を誇っている瞬間に自由や人格は失なわれてしまうのであろう<sup>(8)</sup>》という警告を改めて再確認したものに他ならない。

〔注〕

- (1) In v. Rotteck-Welcker (Hrsg.), Staatslexikon, 2. Aufl., 1847, Bd. X. S. 65.
- (2) Ernst WOLF, *Die Freiheit und Würde des Menschen, in Recht, Staat, Wirtschaft*, Bd. IV (1953), S. 27.
- (3) C. STARCK, *Menschenwürde Als Verfassungsgarantie* (CHRISTEN-

TUM, SÄKULARISATION UND MODERNES RECHT), hrsg. LUIGI LOMBARI VALLAURI, GERHARD DILCHER (拙訳「憲法的保障としての人間の尊厳」比較法制研究第7号・国土館大学比較法制研究所)。

- (4) C. STARCK, *Entwicklung der Grundrechte in Deutschland, Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, Band III, 1980, S. 92.
- (5) KANT, *Kritik der praktischen Vernunft*, hrsg. v. K. Vorländer, 1929, S. 96f. 波多野精一・宮本和吉訳「実践理性批判」・岩波文庫・121～122頁。
- (6) C. STARCK (Anm. 4), S. 92f.
- (7) C. STARCK (Anm. 3), S. 828.
- (8) E. Troeltsch, *Die Bedeutung des Protestantismus für die Entstehung der modernen Welt*, 1911, S. 103. なお、シュターク教授は、この警告に関連して、確かに、憲法上保障された基本権、さらには連邦憲法裁判所の無数の基本権に関する判例——したがって、基本権の顕著な発展——に直面している国民の多くが、この警告を即座に理解することができないのもやむを得ないことかも知れない、と付記している。

### Ⅲ 19世紀：国家公民権と法律適合性の原理

それでは、人権ないしは基本権の精神的基礎の問題からその实际的・法的保障の問題に説明を移すことにする。

イギリスにおけるプラグマティッシュな人権の伝統——マグナカルタ（1215年）、権利請願（1628年）、人身保護法（1679年）、権利宣言（1689年）——の影響の下、アメリカの諸憲法典<sup>(9)</sup>は、1776年以降、裁判所においてこれらの憲法典を援用することができるように制定されており、また、権力分立や司法権の独立によって組織法的に保障されている。エミール・ブドミー（Emile Boutmy）が、適切に述べているように、アメリカの憲法制定者達<sup>(10)</sup>は、アメリカ国民の利益と安全を擁護するために権利章典を制定した。これに対して、同じくブドミーによれば、フランス人は、抽象的純粋性および真理というかたちをとりながら全世界の啓発の目的で自らの人権宣言を起草した。したがって、個々のフランス人が、裁判所においてこの宣言を援用することはできない。

19世紀におけるドイツの基本権は、明らかにアメリカおよびフランスの権利宣言、とりわけ後者の権利宣言の影響の下にあった。<sup>102</sup>しかし、基本権の問題については独自のドイツ的貢献がなされている。以下、ドイツにおける基本権の発展過程を概観的に辿ってみることにするが、まず、一般に《3月前期 (vomärzliche Zeit)》と呼ばれている時期の歴史考察からはじめることにする。

### 1 3月前期

この《3月前期》と呼ばれている時期は、ナポレオン没落後の1814年から1815年にかけて、ヨーロッパの新しい秩序再建のためにオーストリアのウィーンにおいて会議が開催され、その結果、国家主権を前提とした連合体としてのドイツ同盟 (der Deutsche Bund) が成立する、このウィーン会議から1848年3月のドイツ革命までの時期を指すが、この時期、南ドイツ諸国家、バイエルン、バーデン、ベュルテンベルグなどにおいて1818年から1819年にかけて基本権規定を含む憲法がつぎつぎと制定されている。例えば、1818年のバーデン大公国の欽定憲法は、バーデン人の公民権 (staatsbürgerliche Rechte) として、租税負担の平等、公務就任能力の平等、移転の自由、裁判を受ける権利、身体の自由、所有権の保障、出版の自由、信仰の自由等々を規定している。また、同年制定されたバイエルンの欽定憲法も、バイエルン人の公民権として、種々の平等権の他、身体の自由、裁判を受ける権利、信仰の自由、出版の自由、移転の自由等々の保障規定を置いている。これらの憲法は、一般に、初期立憲主義憲法<sup>103</sup> (die frühkonstitutionelle Verfassungen) と呼ばれているが、ここでの公民権は、1789年のフランスの人権宣言の人権 (Menschenrechte) に類似した形式で定式化されている。しかし、ドイツにおいてもフランスの人権宣言にいう生来的に人間に帰属するという自然権的な人権が理論的に議論されなかったわけではないが、ここでは弱められたかたちで国家、すなわち君主によって付与される権利として現われている点は注意すべきである。このことは、これらの権利保障が、バイエルン人の権利

バーデン人の権利というかたちで、それぞれの国家公民（Staatsbürger）に限定されていたということに明確に示されている。ドイツの領邦君主達は、これらの諸権利——これらの中、移転の自由や出版の自由など、部分的には1815年6月8日の同盟規約（Bundesakte）18条に基づいている——を保障することによって隣国フランスの発展との連携を試みたのであり、そして、そのことは自己の領土の国家性の強化に貢献することにもなったのである。<sup>04</sup><sup>05</sup>

しかしながら、公民権の実現は、ドイツ統一を目標としていた学生運動、ブルシェンシャフト（Bruchenschaft）の高揚を契機として、メッテルニヒ主導下の同盟が自由主義運動の弾圧にのりだすにおよんで阻止されてしまうことになる。出版の自由、大学の研究・教育の自由を厳しく制限した1819年のカールスバード決議<sup>06</sup>——これは出版検閲法・大学監督法・革命的煽動者取締法の3法からなっている——や1824年、1830年、1832年のドイツ国内の安寧の維持および強化を目的とした同盟の懲戒処分法などはこのような弾圧策<sup>07</sup>として知られている。

さらに、公民権は、行政に対しては法律による効力のみが展開されたにすぎなかったこと、そして、領邦君主と両院との一致した意思の表明である法律は絶対不可侵のものとされ、裁判官による規範統制（Normenkontrolle）は君主と議会との間で巧妙に考案された権力分配を破壊することになりかねないと考えられていたために存在していなかったことなどを考慮すれば、公民権は、不十分な、非現実的な、そして単に宣言的なものにとどまらざるを得なかった。<sup>08</sup>

したがって、このような公民権の状況に対して、自由と統一を要求する国民運動がその高揚を見せるのも歴史必然的であったのであり、結局、1848年のドイツ3月革命は、公民権を無視ないしは軽視続けたということにその主たる原因を求めることができる。つまり、公民権状況は、まさに当時の政治的諸関係の明確な表現だったのであり、それが3月革命において爆発したのである。このような公民権の悲惨な状況と1848年3月のドイツ革命との関係は、1848年5月にフランクフルトのパウロ教会で開かれた憲法制定国民議



会において基本権——ここではじめて基本権 (Grundrechte) という表現が<sup>19)</sup>用いられた——の問題が詳細に議論されたという経緯から証明される。

## 2 フランクフルト憲法

1848年2月、フランスに革命が勃発し、フランス共和制が成立する。この2月革命の影響は、直ちにドイツに波及し、全ドイツを革命的な嵐に巻き込み、各地で出版の自由、集会・結社の自由、陪審裁判、そして選挙権の確立を求める3月要求の大衆運動が展開され、運動自体も次第に過激の度をましていった。このような最早にあって、1848年3月から4月にかけて、統一ドイツ憲法制定のために西南ドイツの政治家達が中心となりフランクフルト・アン・マインのパウロ教会において準備議会 (Vorparlament)<sup>20)</sup>が開かれ、ついで5月8日、正式にフランクフルト国民議会 (Deutsche Verfassungsgebende Nationalversammlung) が発足する。

国民議会の基本権に関する草案の審議は、7月3日に開始され、5ヶ月以上にわたる審議の末、12月27日、基本権の部分のみが、《ドイツ国民の基本権に関する法律》として施行された。そして、この基本権法律は、翌年の1849年3月に成立したフランクフルト憲法 (Verfassung des Deutschen Reichs) の第6章 (130条～189条) として編入されることとなる。

フランクフルト憲法の基本権規定をみると、まず、第6章の冒頭、130条は、《ドイツ国民に、以下の基本権が保障されるべきである。これらの基本権は、ドイツ各邦の憲法に規準として役立つべきものであって、ドイツ各邦のいかなる憲法、または法律も、決してこれを廃止し、または制限し得ざるべきである》と規定し、明確に統一ドイツ国民の基本権という観点を打ち出している。次いで、各諸邦の憲法および法律を拘束する基本権として、6章1節：居住移転の自由と営業の自由、6章2節：法の下での平等と身分的特権の廃止、6章3節：人身の自由の不可侵と住居の不可侵、6章4節：言論・出版の自由、6章5節：信教の自由、6章6節：学問および教授の自由、6章7節：請願権、6章8節：集会・結社の自由、6章9節：所有権の不可侵

など広範な自由主義的基本権カタログが置かれている。

ところで、このような個別的な基本権に関連して、フランクフルト国民議会は、基本権の本質をいかに理解していたのかの問題がある。この点、準備議会や国民議会において、基本権をフランスの例にならって《人権 (Menschenrechte)》と捉えるべしとするヴィーガルト議員やモール議員に代表される立場と自然権的な人権という捉え方を明確に否定するペーゼラー議員に代表される立場の対立が見られるが、結局、前者の立場は多数の支持を獲得するところとはならず、むしろ、《アメリカおよびフランスの革命の初期にあっては、人権 (Menschenrechte) は古い封建国家との訣別として大きな意義を持ちえたであろう。いまやかの思想はあらゆる文化国民の共通財である。いま、かかる宣言に着手することは純理的とはいっても何の役にも立たない》<sup>(21)</sup>とするペーゼラー議員の立場が多数を制するところとなった。したがって、フランクフルト憲法の基本権は、アメリカ独立宣言やアメリカ諸州の権利宣言、さらにはフランスの人権宣言や1793年のジロンド憲法草案などに見られるような自然権的人権とは異なった、まさに《ドイツ国民の基本権》という表題が示しているように、国家を前提とし国家によつて賦与された公民の権利 (Reichsbürgerrecht) と捉えられていたと見ることができる。それにもかかわらず、国民主権主義に立脚し、ドイツ国民の広範な自由主義的基本権を網羅したこの憲法は、ドイツ近代憲法史上ユニークな存在として無視することのできないものである。

しかしながら、ドイツ憲法史上画期的意義をもったこの憲法は、結局は、日の目を見ることなく単なる歴史的文書に終わってしまうことになる。すなわち、フランクフルト国民議会は、その発足当初から中央権力の創設および国制をめぐる難問に直面していた。国民議会は、まず、権力組織を確立するために、オーストリアのヨハン大公を摂政の地位に据え、彼に統一ドイツの執行権・統帥権を付与することを内容とする《暫定的中央権力の設置に関する法律》を1848年6月に制定した。しかし、オーストリアのみならず各邦もこのような中央権力の設置に反対したために計画は失敗するに至る。次いで、

国民議会は、統一ドイツの国制としてオーストリアを包摂する大ドイツ主義を採用すべきか、あるいはプロイセンのイニシアティブによる統一ドイツを構想する小ドイツ主義を採用すべきかについて審議紛糾の末、1849年3月27日、267票対263票という僅差でオーストリアを排除したドイツライヒ憲法を可決し、プロイセン国王フリードリヒ・ヴィルヘルム4世を統一ドイツ皇帝に選出した。そこで、国民議会は、彼をドイツ皇帝とする憲法規定に基づいて、皇帝就任を申し出た。しかし、既にプロイセン国内において反革命に成功し、革命の全成果を否定する態度を固めていたプロイセン国王は、国民主権主義に立脚した憲法の下で《ドイツ人の皇帝》になる意思はなく、この申し出を拒否した。そのために、フランクフルト憲法は宙に浮き、国民議會はなすすべなく無力さを露呈する結果となってしまった。結局、1851年8月、同盟会議の決議により、この憲法は効力を有しない、という明示的宣言が出されるにおよんで、《ドイツ国民の基本権》もまた、3月革命の挫折と運命をともにすることになった。しかし、このフランクフルト憲法の《基本権(Grundrechte)》という概念は、後のヴァイマル憲法や現行ドイツ連邦共和国基本法の中に継受されていくという意味で注目すべきものであり、また、3月革命に刺激されて新たに制定された個々の領邦国家の憲法の中で公民権(Bürgerrechte)として生き続けることになる。例えば、1850年1月30日に制定されたプロイセン欽定憲法は、プロイセン人の権利として、法律の前の平等(4条)、人身の自由(5条)、住居の不可侵(6条)、裁判を受ける権利(7条)、罪刑法定主義(8条)、所有権の不可侵(9条)、民事死の禁止(10条)、国外移住の自由(11条)、宗教の自由(12条)、学問及び教授の自由(20条)、表現の自由(27条以下)、集会の権利(29条)、結社の自由(30条以下)、請願の権利(32条)、信書の秘密(33条)等々、広範な40ヶ条からなる自由主義的な権利カタログを規定しているが、これなどはフランクフルト憲法の基本権との類似性が見られるのである。

### 3 北ドイツ連邦憲法とドイツ帝国憲法

かくして、国民議会はライヒ憲法をつくったものの、その憲法が仕えるべきライヒそれ自体を形成することができず、統一ドイツのライヒ形成は、プロイセンの宰相ビスマルク（Otto. v. Bismark, 1815年～98年）の鉄腕によって実現されることになる。

ビスマルクは、1866年のプロイセン対オーストリア戦争での軍事的勝利を背景として、まず、北部および中部ドイツ22ヶ国を糾合し、プロイセンを中心とする北ドイツ連邦を結成する。次いで、1870年のプロイセン対フランス戦争での勝利を契機にバイエルンなどの南ドイツ諸国を北ドイツ連邦に加入させ、ここにドイツ統一を完成させる。この間、1867年には、北ドイツ連邦のために、北ドイツ連邦憲法(Verfassung des Norddeutschen Bundes)が、そして、1871年には、統一ドイツ帝国のために、帝国憲法(Reichsverfassung)が、それぞれ制定されている。ただ、今回のテーマに関連させるならば、両憲法とも基本権規定を欠落させている点で共通性が見られる。その理由として、ビスマルク自身が保守的な政治家であったことやライヒの形成が最重要課題とされ、基本権のような解決に長時間を要する問題を回避しようとしたことなどのほか、既に諸邦では基本権規定を含む憲法典を有していることもあって、ライヒレベルでは、基本権は憲法によってではなく、法律で整備されるべきものと考えられていたことをあげることができる。つまり、基本権は憲法上の宣言を必要とするまでもなく単純な立法によっても十分に保障され得るものと考えられていたのである。このような考え方は、まさに当時の支配的学説であった法実証主義的国法学の基本権観に対応するものであった。と言うのも、法実証主義的国法学は、法の考察対象をあくまでも実定法だけに限定し、単に抽象的な基本権を憲法の中に掲げてても所詮無意味であって、公法上の権利である基本権にとって重要なのは個別的・具体的な実定法律だとする現実政治的な立場を貫徹する。その結果、憲法上の基本権の権利性を否定し、国民が国家に対していかなる権利をもつかは、結局、行政法の問題であるとして、基本権の問題を法技術的にライヒ法律の次元で処理してしまったからである。<sup>24)</sup>

したがって、このような法実証主義的国法学の支配したビスマルク憲法体系の下で、高次の価値をもつ基本権の観念が生成・発展せしめられるべくもなく、法実証主義は、一方では、実定法のみから出発するという方法を採用することによって、法と自由権の唯一の連結点に万能の国家権力を指定することにより、結果的には、《ビスマルク的な君主制原理の貫徹》に奉仕する機能を果たしたことは否定できない<sup>24)</sup>。しかしながら、他方では、基本権の法律による保障、法治国家、裁判所による権利保護そして法律適合性の原理(Gesetzmäßigkeitsprinzip)を促進するかあるいは基礎づけたという点は、法実証主義の功績として評価できるものである<sup>25)</sup>。

シュターク教授は、19世紀の基本権状況を次のように簡潔に総括しているが、ほぼ大筋において承認できるのではないかと思われる。《ドイツにおいては、まず、アメリカの権利章典やフランスの人権宣言で謳われた普遍的な人権(allgemeine Menschenrechte)から領邦君主が憲法典によって付与した公民権(Bürgerrechte)となった。そして、古典的な人権の形式で規定された公民権は、予想以上に期待できるものであった。19世紀の後半に行政法は国家の立法を通して法治国家的に形成された。基本権は立法者が基本権を形成したように今や妥当し、かつ行政の法律適合性の原理によって保護された。自然法的人権から実証主義的形式の行政の法律適合性の原理へのこの発展は、進歩をみなすことができる。しかもそれは、行政に対する個々人の権利の実効的な保護の方向での進歩と評価することができる。確かに、このような発展を辿ったために、ドイツにおいては自然法的——人権の飛躍は衰退した。立法者から基本権を保護することは必然的なもの、ドイツ国法学の用語に従うならば《可能なもの(möglich)》とは考えられていなかった。さらに、規範統制を欠いた状況の下で、立法者から基本権を保護することは、今日までの多くの西欧民主主義諸国における裁判所の実践から見て、法律を基本権適合的に解釈することは不可能であったということを念頭に置かざるを得ない<sup>26)</sup>》と。

さて、ビスマルク体制下の1880年代以降、ドイツにおける資本主義の高度

化にともなって、新しい社会関係が発生し、社会民主党を中心とする労働者階級の政党が歴史の前面に登場してくるようになる。ビスマルクは、このような新しい事態にいわゆる《アメとムチ》による政策によって切り抜けようとした。しかし、究極的に不可能と知るや苛酷な社会主義者鎮圧法を議会上程し強行突破を図ろうとした。しかし、1890年、ビスマルクの強行政策に反対するヴィルヘルム2世によって罷免され、ここにビスマルクは失脚するに至る。その後、ヴィルヘルム2世による親政がなされたが、第1次世界大戦の末期、1918年11月9日にドイツ社会主義革命が起こり、社会民主党のシャイデマンによってドイツ共和国の宣言がなされた。その結果、ヴィルヘルムは退位し、ここにホーエンツォレルン家とともにドイツ第2帝政は崩壊し、ビスマルク憲法はその効力を失うに至る。1919年8月11日、ビスマルク憲法に代って、ドイツ国憲法(Reichsverfassung vom 11. August 1919)、通称ヴァイマール憲法が成立する。

〔注〕

(9) Vgl. G. Dietze, *Bedeutungswandel der Menschenrechte*, 1972, S. 24f.

(10) E. Boutmy, *Die Erklärung der Menschen—und Bürgerrechte und Georg Jellinek* (1902), in: *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*, hrsg. von Roman Schnur (1964), S. 88f.

(11) E. Boutmy, a. a. O., S. 89.

(12) 19世紀のドイツ国法学を集大成したゲオルク・イエリネックは、1789年のフランスの人権宣言の思想的淵源を考察した論稿、*Die Erklärung der Menschen—und Bürgerrechte*の中で、ヨーロッパ大陸諸国の実定法において、個人の公権の観念が発展したのは、このフランスの人権宣言の影響によること、そしてこの影響下にフランス以外の大諸国のほとんどすべての憲法典において同様の権利カタログが採用されるに至ったと述べ、さらに彼は、人権宣言のドイツへの影響にふれて、次のように言及している。〈1848年にはフランクフルトの憲法制定国民議会がドイツ国民の基本権を決議し、それが1848年12月27日に帝国法律(Reichsgesetz)として公布された。この基本権は1851年8月23日のドイツ同盟会議の決議によって無効と宣言されはしたが、かといって、そのことによってこれらの基本権の保持している意義が減じるわけのものではない。というのも、基本権に関するそれらの規定の多くは、ほとんどそのままの文言で、今日通用している帝国法に採用されたからである〉と(G. Jellinek, *Die Erklärung der Menschen—*

*und Bürgerrechte*, 1927, S. 1 ff. 初宿正典編訳『人権宣言論争』31頁～32頁・みすず書房)。

- (13) この点に関する研究については、栗木寿夫『ドイツ初期立憲主義の研究』(有斐閣・1965年)が詳しい。
- (14) E. R. Huber, *Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte*, Bd. 1 (1961), S. 80. なお、同盟規約18条の簡単な記述については、阿部照哉『基本的人権の法理』(有斐閣, 1976年) 248頁参照。
- (15) F. Schnabel, *Deutsche Geschichte im neunzehnten Jahrhundert*, 2. Bd., 1949, S. 125 f.
- (16) Vgl. dazu E. R. Huber (Anm. 14), S. 90 ff.; ders. *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd. 1 (1961), S. 732 ff.
- (17) その他の弾圧措置については、E. R. Huber (Anm. 14), S. 117 ff.
- (18) この点について、阿部照哉教授は、〈……実際において憲法上の基本権が立法および行政に指針を与えるプログラム規定に止まらざるをえなかったことは政治的力関係による時代の制約というほかはない。しかしながら、その反面において基本権の有した啓蒙的意義は否定できないのであって、1848年に至るまで、フランスの政治思想にとくに敏感だった南ドイツにおける自由主義運動に精神的支柱を与えることになった。このような意味で南ドイツの諸憲法の保障した基本権は死文に終わったのではなく、ドイツにおける基本権保障の導火線としての役を果たしたのである〉と述べ、その啓蒙的意義を高く評価している。阿部照哉・前掲書・258頁。
- (19) Vgl. R. Wahl, *Rechtliche Wirkungen und Funktionen der Grundrechte im Deutschen Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts*, *Der Staat* 18 (1979), S. 338 f.
- (20) この準備議会およびフランクフルト国民議会の性格については、奥平康弘「ドイツの「基本権」観念」(『基本的人権』3・東京大学社会科学研究所編) 157頁。
- (21) この点については、井口文男「ドイツ「3月革命」期の「基本権」論(3)」法学論叢第98巻5号88頁参照。
- (22) 阿部照哉・前掲書 272 頁。
- (23) 法定証主義と基本権に関しては、奥平康弘・前掲書 176 頁以下参照。
- (24) 奥平康弘・前掲書 180 頁参照。
- (25) C. STARCK (Anm. 3), S. 820.
- (26) C. STARCK (Anm. 4), S. 98.

#### Ⅳ ヴァイマル共和国における基本権

ヴァイマル憲法は、その冒頭において、『国家権力は、国民から発する』と規定し、民主主義的な基盤の上に、全ドイツ国民の統一を図ることを指導理念として掲げている。さらに、この憲法が、社会主義政党である社会民主党の強いイニシティーブによって制定された経緯からも知り得るように社会主義的色彩をも併有するという意味において20世紀的民主主義憲法の模範と評価され、現行のドイツ連邦共和国基本法を含め、第2次世界大戦後に新たに制定された諸憲法に与えた影響には計り知れないものがある。

ところで、ヴァイマル憲法第二編は、『ドイツ人の基本権および基本義務』の表題の下に、第一章《個人》(109条～118条)、第二章《共同生活》(119条～133条)、第3章《宗教および宗教団体》(135条～141条)、第4章《教育および学校》(142条～150条)、第5章《経済生活》(151条～161条)に分けて、さまざまな規定を置いている。この権利宣言は、法律の前の平等(109条)、移転の自由(111条)、人身の自由(114条)、住居の不可侵(115条)、罪刑法定主義(116条)、信書の秘密(117条)、表現の自由(118条)、集会の権利(123条)、結社の権利(124条)、請願の権利(126条)、宗教の自由(135条)、学問・教育の自由(142条)、所有権の不可侵(153条)など、個人の自由および平等の保障の面において、明確にフランクフルト憲法の基本権との連続性が見られる。また、基本権が社会権(119条、122条、146条3項、151条1項、153条3項、155条1項、155条3項、156条1項、157条、159条、161条、162条、163条2項、164条、165条、165条2項)にまで拡大されているという点で画期的な意義をもつに至っている。

しかし、それにもかかわらず、基本権は、その本来的効力を拒否されてしまった。なぜならば、立法者の基本権への拘束が当時の支配的見解によって否定されてしまったからであり、また、仮にそのような拘束が承認されたとしても、規範統制を欠いていたために、立法者の基本権への拘束を貫徹することは不可能であったのである。したがって、法の実践において、自由権的



基本権と社会権の基本権との間の緊張 (Spannungen) は、ほとんど現われてこなかった。

憲法上保障された基本権の本来的効力を貫くためには立法者の基本権への拘束が不可欠であり、また、このような拘束は、裁判所が規範統制権限を有するような場合にのみ実現されることは言うまでもない。この点に関して、ヴァイマル時代に議論がなかったわけではない。<sup>29</sup>すでに、ヴァイマル憲法制定の際に国事裁判所 (Staatsgerichtshof) に規範統制権限を付与すべきか否かの問題が議論されている。結局は、裁判官の規範統制権条項は憲法に挿入されなかったわけであるが、それを拒否した 支配的見解は、《政治の司法化》や《司法権の行き過ぎ》に対する疑念をその主たる理由としていた。しかし、憲法制定者の中にも、フーゴー・プロイス (社会民主党)、デューリンガー (ドイツ国民党)、コーン・カッセンシュタイン (社会民主党) をはじめ多くの違憲審査の擁護者を見い出すことはできたし、トリーベルやライプホルツなどの理論家も違憲審査を積極的に支持していた。例えば、ライプホルツは、1925年、審査基準として相対的に不確定な平等原則に基づき、《今の憲法下において、合目的的理由から、憲法違反のライヒ法律の適用の場合によっては拒否する権限を裁判官に付与すべきこと》を主張し、その理由を次のように簡潔に述べている。《われわれは、法の上にあって、したがって、法違反 (Rechtsbruches) の罪を問われ得ないか、あるいは問われてはならない立法者の全能 (Allmacht des Gesetzgebers) という長い間の伝統に支えられた観念に基づいてのみ審査権を拒否するに至るのである》と。さらに、ここで強調しておかなくてはならないことは、このようなライプホルツの援護射撃に勇気づけられた実務裁判官の中にも、次第に《違憲審査の友》をもつに至ったという事実である。すなわち、1925年11月に、ライヒ最高裁判所 (Reichsgericht) は、貨幣価値引上〔再評価〕法 (Aufwertungsgesetz) の適用をめぐる、裁判官の規範統制権に関して新しい見解を採用するに至ったのである。結果的に、ライヒ最高裁判所は、貨幣価値引上〔再評価〕法の合憲性を承認したけれども、しかし、裁判官による規範統制

権の萌芽は、《基本権保護の議会依存性》というドイツの法伝統を克服するものであった。ライヒ最高裁判所は、判決の中で次のように述べている。《貨幣価値引上〔再評価〕法の規定を運用するための大前提は、ライヒ議会の単純過半数によって成立した法律の合憲性に対してなんらの疑念も生じないということである。したがって、貨幣価値引上〔再評価〕法の法的有効性(Rechtsgültigkeit)に関して提起された一般民衆からの攻撃を考慮して、同法律の合憲性を職権によって審査することは、緊急やむをえざることである》と。このように、ライヒ最高裁判所は、単純なライヒ法律に対するライヒ憲法の優位性の根拠を明確に提示するとともに、それを確認したのである。と言うのも、ライヒ憲法自体が、ライヒ法律の合憲性に関する決定を裁判所に禁止したり、あるいは特定の機関に付与するという条項を含んでいなかったために、ライヒ法律の合憲性を審査する裁判官の権利と義務が承認されなければならなかったのである。<sup>80</sup>

結局、この判決は、ドイツにおける他の裁判所にとって、一つのグリーン・ライト(green light)となったものであるし、さらには、基本権の実効化のために、立法者に対する転轍(Weichenstellung)を意味するものであっただけに、もし、ドイツの法生活が、1933年のヒトラー政権獲得による民族社会主義独裁政治によって、違憲審査制を含め法治国家体制そのものが形骸化されるという運命的転換を経験しなかったならば、この判決は、かの有名なマーベリー対マジソン事件におけるアメリカ合衆国最高裁判所の判決にも匹敵するものになっていたであろうといわれている。<sup>81</sup>

〔注〕

79) Vgl. dazu C. Schmitt, *Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung*, HbDStR[[, S. 587.

80) Vgl. dazu die Kontroverse zwischen Hans Nawiasky und Erich Kaufmann, *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne der Art. 109 der Reichsverfassung*, VVDStRL3 (1927), S. 18 ff.

81) Triepel, *Der Weg der Gesetzgebung nach der neuen Reichsverfassung*, 39 Archiv des öffentlichen Rechts, S. 456 ff. 536 ff. (1920).

- §0 G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz* (1925), S. 123f.
- §1 RGZ 111, 320 (322).
- §2 RGZ 111, 320 (323).
- §3 Vgl. C. Warren, *Congress, the Constitution and the Supreme Court*, 1968. p. 96, 127, 273; M. Cappelletti / Th. Ritterspach, *Die gerichtliche Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze in rechtsvergleichender Betrachtung*, in: JöR Bd. 20 (1971), S. 73ff.